

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL Y LA LEY APLICABLE EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO «ROMA IV»: ALGUNOS PROBLEMAS Y OMISIONES

HELENA MOTA

*Profesora Auxiliar de la Facultad de Derecho
Universidad de Oporto*

Recibido: 18.03.2013 / Aceptado: 22.03.2013

Resumen: En la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales se dice, en comentario al art.1.º, que debe hacerse una interpretación autónoma del concepto de régimen matrimonial y abarcar los aspectos relativos a la gestión cotidiana de los bienes de los cónyuges. La inclusión de reglas sobre las ilegitimidades conyugales o las deudas conyugales u otras no dependientes de un concreto régimen matrimonial, integrando el régimen matrimonial primario — *le statut impératif de base* — en el ámbito de aplicación material del futuro Reglamento sería deseable para no crear problemas de calificación y fragmentación en la aplicación de las normas de conflictos.

La Propuesta admite, por otro lado, el cambio de la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales; sin embargo no está claro lo que concierne a la determinación de la ley aplicable al cambio material que ocurre como consecuencia.

Palabras clave: régimen económico matrimonial, propuesta de reglamento, calificación, autonomía conflictual.

Abstract: The Proposal for a Regulation of the Council concerning the competence, applicable law, recognition and enforcement of judgments in matters of matrimonial property regimes says in commentary to the article 1, that it would be followed an autonomous interpretation of the concept of matrimonial property regimes and include aspects relating to the day-to-day management of the property of the spouses. The inclusion of rules solving the problems of matrimonial debts or the need of consent to sell or rent matrimonial assets, when those rules are independent of a specific matrimonial regime and are known as the primary matrimonial regime or *staut impératif de base* would be desirable to not raise problems of qualification and fragmentation in the application of the conflict rules.

The Proposal also deals with the problem of changes of the applicable law but misses the question of determinate which law is applicable to the changes of the matrimonial property regime itself, knowing that some legislation, like Portuguese law, still don't allow these changes during marriage.

Key words: matrimonial property regimes, draft regulation on matrimonial property, qualification, conflictual autonomy.

Sumario: I. El ámbito de aplicación material del futuro Reglamento «Roma IV». 1. El concepto de «régimen matrimonial» previsto en los art. 1.º, núm. 1 y art 2.º, a). 2. La exclusión de la capacidad de los cónyuges prevista en el art. 1.º, núm. 3, a). 3. Problemas de calificación y de *dépeçage*. 4. Solución defendida. II. La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales en la Propuesta del Reglamento «Roma IV». 1. El cambio de ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales. A) El cambio de ley escogida por las partes. B) El cambio de ley supletoriamente aplicable. 2. La omisión de la indicación de la ley aplicable al cambio de régimen económico matrimonial como consecuencia del cambio de ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales. A) El ejemplo del Convenio de la Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales. B) Solución defendida.

I. El ámbito de aplicación material del futuro Reglamento «Roma IV»

1. El concepto de «régimen matrimonial» previsto en el art. 1.º, núm. 1 y en el art. 2.º a)

1. En la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales (COM (2011) 126 final), se dice, en comentarioCfr. Exposição de motivos 5.1¹ al art. 1.º, que debe hacerse una interpretación autónoma del concepto de régimen matrimonial y abarcar los aspectos relativos a la gestión cotidiana de los bienes de los cónyuges.

Así el art. 1º de la Propuesta señala que el Reglamento se aplica a los regímenes matrimoniales y el art. 2º, a) define regímenes matrimoniales como el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y en relación con terceros. A su vez el Considerando 11 reafirma el mismo contenido conceptual.

De hecho, la definición del concepto de «regímenes matrimoniales» es difícil y siempre creó problemas de delimitación a nivel del Derecho de Conflictos²; incluso en el derecho material surgen dudas porque la dimensión patrimonial del matrimonio tiene aspectos institucionales y personales que justifican la obligatoriedad de algunas de sus normas las cuales son independientes de los regímenes de bienes concretos y por ello, estas normas escapan a la voluntad de los cónyuges, y por tanto son materias extrañas a su autonomía privada.

Por ello, el régimen matrimonial o régimen de bienes puede ser el conjunto de disposiciones legales o convencionales que rige y organiza los intereses pecuniarios de los cónyuges, sirviendo de instrumento en la planificación de su patrimonio, y en el mismo encontramos también el régimen de deudas entre los cónyuges y con terceros, los poderes de gestión sobre el patrimonio propio y común, las operaciones de liquidación y división de ese patrimonio que implicarán el pago de las deudas de los cónyuges entre sí y la liquidación de las deudas al patrimonio común³.

Así pues, cuando hablamos de regímenes matrimoniales pueden surgir varias cuestiones fundamentales⁴: sobre los bienes —¿Qué bienes de los aportados al matrimonio y de los adquiridos posteriormente afectan a los derechos reales de los cónyuges?; sobre los poderes —¿qué poderes de disposición y administración tienen los cónyuges sobre los bienes comunes y propios, en sus relaciones recíprocas o con terceros?; sobre el pasivo —¿Qué deudas son propias o comunes y cual el régimen de responsabilidad para cumplirlas?

2. De hecho, muchas de estas reglas son el resultado del régimen de bienes escogido en las capitulaciones matrimoniales o de los regímenes legales o supletorios. Pero tanto en el derecho portugués como en el derecho comparado, muchas de estas reglas son de aplicación obligatoria a todas las relaciones patrimoniales conyugales, es decir, a todas las relaciones establecidas y desarrolladas entre los cónyuges o entre ellos y terceros que sean de naturaleza patrimonial o tengan, grosso modo, elementos patrimoniales e independientemente del régimen de bienes del matrimonio; a este estatuto general e imperativo, de carácter patrimonial, se le conoce con el nombre de «régimen matrimonial primario»

La clasificación, meramente doctrinal, no es pacífica, funcional ni substancial⁵ pero la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos⁶ presentan en su derecho positivo un conjunto de disposiciones

¹ Véase Exposición de motivos, 5.1.

² Son «cuestiones clásicas que crean dificultades en este ámbito» para C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas» in *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fascículo III, Julio-sept., 2011, pp. 1149-1154 y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «The proposal for a council regulation on the property consequences of registered partnerships», *YPIL*, vol. XIII, 2011, pp. 183-198.

³ Véase P. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruselas, Bruylant, 2003, p.1.

⁴ Véase L. RAUCENT, y Y. LELEU, *Les régimes matrimoniaux: les droits et devoirs des époux*, Bruselas, Larcier, 1997, p. 34.

⁵ De este modo, A. FRADA DE SOUSA, y R. LOBO XAVIER, «Study on matrimonial property regimes and the property of unmarried couples in private international law and internal law (National Report/Portugal)», Consortium Asser – UCL, 2003; p.7; R. LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coímbra, Almedina, 2000, p.17; PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões: relatório*, Lisboa, Lex, 1995, p. 37 e 85; F. PEREIRA COELHO, y G. OLIVEIRA, (con la colaboración de Rui Moura Ramos), *Curso de Direito da Família*, I, Coímbra, Coímbra Editora, 4ªed, 2008, p.338.

⁶ A nivel comunitario, sólo Dinamarca, Finlandia, Gran-Bretaña, Irlanda, Eslovaquia y Hungría no cuentan con un régimen primario de matrimonio. Para una visión comparada alargada a todos los Estados miembros y con una sistematización de las

generales, aplicables a todos los matrimonios y de naturaleza imperativa que regulan los efectos del matrimonio a nivel simultáneamente personal y patrimonial y que se distingue de las reglas referentes a los regímenes de bienes en sentido estricto.⁷

Su inserción sistemática es variable: a veces aparecen agrupadas en un solo cuerpo de normas (son los casos del derecho español, del derecho suizo y del derecho alemán), otras veces son colocadas en puntos distantes del sistema: véase los casos de los derechos franceses, italianos y belga.

Algunos de estos ordenamientos tienen un régimen matrimonial primario muy detallado y extenso, con reglas que van desde el deber común de los cónyuges de soportar los encargos domésticos (regla presente en todos los ordenamientos referidos), a la legitimidad de ambos cónyuges para que de forma unilateral puedan practicar actos en ese ámbito y con ese propósito y que a ambos vinculen (derecho español⁸, suizo y alemán, estos dos últimos refiriéndose a un poder de representación conyugal o mandato doméstico), prefiriendo otros la enumeración de las deudas comunicables (derecho francés, derecho belga). En este último caso, verificamos una divergencia importante frente al derecho italiano que, a pesar de disponer la obligación común de los cónyuges de contribuir para los encargos domésticos, omite una referencia expresa a la existencia de deudas comunes y de un mecanismo externo eficaz para el cumplimiento de ese deber.

También en el apartado de la protección de la vivienda familiar genéricamente traducida por la ilegitimidad de cada cónyuge, incluso siendo el singular propietario, para, aisladamente practicar actos de disposición o gravamen de la casa/o su interior, no encontramos unanimidad porque el derecho alemán no provee normas específicas, salvo aquellas que evitan actos de violencia en la vivienda familiar o que promulguen las reglas de su atribución en el proceso de divorcio.

Algunos ordenamientos también incluyen reglas particulares como es el caso del derecho español en relación a la responsabilidad de los cónyuges de cara a las *litis expensas*, el belga en relación a la libertad de administrar y mover cuentas bancarias, el suizo en cuanto al deber de información sobre la situación financiera de los cónyuges, el alemán a través de la presunción de propiedad de los bienes muebles, frente a terceros, a favor del cónyuge incumplidor. Este tipo de reglas que se puede observar en varios ordenamientos no constituye un padrón uniforme de las reglas del régimen matrimonial primario en el seno de estos ordenamientos jurídicos.

3. El derecho portugués tiene varias normas de régimen matrimonial primario, esto es, normas que regulan aspectos patrimoniales de la vida de los cónyuges pero que no se limitan a definir la propiedad de los bienes, sino que regulan los poderes de administración de los cónyuges sobre esos bienes,

materias del régimen matrimonial primario previstas en esos ordenamientos, cfr. o Anexo al Libro Verde (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2006:0952:FIN:FR:HTML>).

⁷ Así, C. VAQUERO LÓPEZ, «Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia. Apuntes sobre la codificación comunitaria de las normas sobre competencia judicial, conflicto de leyes y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales», *Anuario español de derecho internacional privado*, VI, Madrid, Iprolex, 2006, pp. 195-208, (p. 201), a defender la posibilidad de introducir, en el instrumento comunitario de unificación de las reglas de conflictos sobre los regímenes de bienes, normas de derecho material uniforme referentes a los elementos esenciales del régimen primario, en aquellos aspectos que son manifiestamente consensuales.

⁸ En el ámbito del derecho civil español existen reticencias por parte de alguna doctrina en relación a la clasificación de estas disposiciones generales como un régimen matrimonial primario. L. DIEZ-PICAZO, y A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil – derecho de familia*, IV, Madrid, Tecnos, 2004, p.142, hacen las mismas críticas alertando de la necesidad de leer estos preceptos coordinados con cada régimen de bienes concreto. Los Autores entienden que lo que se designa, vulgarmente, como «régimen matrimonial primario» no pasa de un conjunto de disposiciones generales (no existe aquí un verdadero régimen matrimonial más simple al que se pueda oponer otro más complejo) cuya utilidad, pretendida generalidad y autonomía frente a los regímenes de bienes es muy cuestionable: «tales disposiciones de índole patrimonial necesitan coordinarse con el régimen económico específico del matrimonio». A otros Autores (cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVERRÍA, F. RIVERO HERNÁNDEZ, J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil, IV.Familia*, Madrid, Dykinson, 2ª ed., 2005, p.118 e 124; M. MONFORT FERRERO, *La responsabilidad de los cónyuges ante las necesidades ordinarias de la familia*, Aranzadi, 2004; M. ALBADALEJO, *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 8ª ed., 1997, p. 149) la referencia al régimen matrimonial primario no parece extraña, defendiendo incluso que la existencia de estas reglas generales funciona como un mínimo de régimen, i.e. un conjunto de normas que por ser indisponibles y inderogables van acompañar siempre el estatuto patrimonial del matrimonio, aunque los cónyuges quieran transformar el matrimonio, a través de las capitulaciones matrimoniales, en un régimen puramente societario.

propios o comunes, determinan la comunicabilidad de las deudas conyugales y limitan el poder de negocio de los cónyuges.

Estas normas, al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos, no están agrupadas o son tratadas sistemáticamente de forma diferenciada, según un criterio de generalidad y/o obligatoriedad.

Las deudas comunes, por ejemplo, están previstas en los arts. 1691º, 1693º, núm. 2, 1694º, núm.1 e 2 *in fine*, todos del Código Civil. En ellas encontramos reglas (por ejemplo, o art. 1691º, núm.1, b)) que se aplican a todos los matrimonios (las deudas asumidas por cualquier de los cónyuges para hacer frente a los deberes de la vida familiar como la alimentación, medicamentos, vestuario...) y otras, como el art. 1691º d), que establece la responsabilidad de ambos cónyuges del pago de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio por uno de los cónyuges y que sólo se aplicará si entre ellos existiese un régimen de comunidad general de bienes.

Los propios poderes de administración de los cónyuges sobre el patrimonio, propio o común, previstos en el art. 1678º, puede ser distinto conforme el régimen de bienes en que se encuentren casados: es el caso del art. 1678º, núm.1, c), que sólo se aplicará si se encuentra en vigor el régimen de comunidad general de bienes, una vez que se refiere a poderes exclusivos de administración sobre los bienes comunes aportados en el matrimonio o adquiridos posteriormente por sucesión o donación, cuando estos bienes, en los otros régimen serán, necesariamente propios; en otros casos, se pueden aplicar a todos los matrimonios, como el art. 1678º, núm. 2, a), que prevé la administración exclusiva de los rendimientos del trabajo por parte del cónyuge que los ingresa, en cualquier régimen de bienes.

A pesar de todo, la mayoría de la doctrina separa en términos conceptuales las reglas que son comunes a todos los matrimonios y obligatorias, de las demás, a pesar de que haya muchas dudas en relación a las normas que comulgando de esas características tengan otros objetivos unidos a la definición y previsión de la propiedad de los bienes: véase por ejemplo, el art. 1720º, b) que impone un determinado régimen de bienes, el de separación, a los cónyuges con más de sesenta años o el art. 1714º que no permite a los cónyuges alterar el régimen de bienes durante la duración del matrimonio.⁹

4. A pesar de que, en general, la «cuestión del régimen primario» es expuesta con mayor o menor intensidad, la Propuesta del Reglamento «Roma IV» no se pronuncia al respecto, limitándose, como vimos, a definir el régimen matrimonial como el conjunto de las reglas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y entre estos y terceros, no esclareciendo si incluye o no las normas generales y obligatorias, limitándose a mencionar de forma genérica la administración cotidiana de los bienes, olvidando la referencia expresa a las deudas conyugales, a la protección de la vivienda familiar, a las ilegitimidades conyugales, especialmente cuando estas reglas no resultan de un concreto régimen de bienes que haya sido escogido por los cónyuges o supletoriamente aplicado. O sea, el futuro Reglamento pretende hacer una interpretación autónoma del concepto de regímenes de bienes pero no densificó o y, por eso, no esclareció su contenido¹⁰.

El problema se agudiza cuando, en el núm. 3 a) del art. 1.º se excluye expresamente de su ámbito de aplicación material, la materia de la capacidad de los cónyuges.

2. La exclusión de la capacidad de los cónyuges prevista en el art. 1.º, núm. 3 a), de la Propuesta

5. De hecho, al mismo tiempo, en el art. 1.º, núm. 3 a) de la Propuesta están excluidas de su ámbito de aplicación las materias relativas a la capacidad de los cónyuges. La cuestión que se plantea es saber si en el concepto de «capacidad», en el marco de la Propuesta, se incluyen las ilegitimidades conyugales, es decir, la necesidad de autorización conyugal para la venta o gravamento de inmuebles u otras, especialmente si estos límites a la autonomía contractual de los cónyuges son generales y no

⁹ Sobre el concepto de régimen económico matrimonial en sentido estricto, frente al derecho portugués, véase H. MOTA, *Os efeitos patrimoniais do casamento em direito internacional privado. Em especial, o regime matrimonial primário*, Coímbra, Coímbra Editora, 2012, pp. 72-84 e 434.

¹⁰ Las mismas críticas a esta omisión son formuladas por C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op.cit.*, p. 1151 e p. 1153, tanto por problemas de calificación como de fraccionamiento.

dependientes de un concreto régimen matrimonial, integrando lo que es conocido en muchos ordenamientos jurídicos como el régimen matrimonial primario o *statut impératif de base*.

En el derecho portugués existen innumerables limitaciones a la autonomía contractual de los cónyuges que, durante el matrimonio, no pueden solos, sin el consentimiento del otro, enajenar, gravar, arrendar o incluso disponer de los derechos personales de gozo (comodato, por ejemplo) de ciertos bienes, propios o comunes.

En lo que respecta a los bienes muebles, los cónyuges solamente podrán enajenar o gravar solo los bienes muebles de los que son propietarios y administradores exclusivos en los términos de los arts. 1678º núm. 1 e 2 *ex vi* art. 1682º, núm. 2; en cualquier caso, los bienes en causa no podrán ser bienes propios del otro cónyuge ni tratarse de muebles utilizados por ambos cónyuges en la vida del día a día del hogar (enseres del domicilio familiar) o como instrumento común de trabajo.

En relación a los bienes inmuebles, incluso tratándose de un bien propio, el cónyuge necesita del consentimiento del otro para enajenar, gravar (*ej.* hipoteca), arrendar o constituir un derecho personal de gozo (*ej.* comodato) si el régimen de bienes fuera un régimen de comunidad general o *ganancial* (art. 1682º-A, núm. 1 e 2); en relación a la vivienda familiar, la ilegitimidad se aplica inclusivamente en el régimen de separación de bienes (art. 1682º, núm. 2, e art. 1682º-B). El repudio de la herencia o del legado tendrá también que ser hecha por ambos cónyuges, o por uno de ellos con el consentimiento del otro, en los regímenes de comunidad de bienes.

La sanción prevista para este tipo de actos es la de anulabilidad (art. 1687º) sin perjuicio de la protección de terceros de buena fe relativamente a la enajenación o gravamen del mueble no sujeto a registro.

Además de estas limitaciones, los cónyuges no pueden, salvo en los casos expresamente previstos en la ley (*ej.* separación judicial de bienes, separación de personas y bienes, insolvencia...), modificar los regímenes de bienes, celebrar el contrato de compra y venta entre ellos ni celebrar contratos de sociedad sin responsabilidad limitada (art. 1714º).

6. En otros ordenamientos jurídicos encontramos idénticas limitaciones aunque con un grado de intensidad menor: el principio de inmutabilidad de los regímenes de bienes fue eliminado de la mayoría de los derechos europeos así como la prohibición de compra y venta y de crear una sociedad entre los cónyuges. La necesidad de consentimiento para la enajenación o gravamen de bienes no es tampoco tan severa, a excepción de la protección de la vivienda familiar.

La calificación de estas limitaciones como casos de incapacidad es, incluso en el derecho portugués, muy dudosa¹¹, ya que no se trata de una ausencia de cualidades absolutas de los cónyuges para la práctica de cualquier acto contractual sino de la incapacidad de disponer de los bienes que hacen parte del patrimonio familiar¹²; relativamente al todavía vigente principio de inmutabilidad de los dos regímenes de bienes y consecuentes limitaciones a las transferencias patrimoniales entre los cónyuges, el objetivo se relaciona principalmente con la protección de terceros y el enriquecimiento ilegítimo de uno dos cónyuges relativamente al otro.

No obstante, la falta de esclarecimiento, en el seno de la Propuesta, del concepto de «capacidad» suscita dudas legítimas y que tienen mucha importancia al nivel del ámbito de aplicación material del futuro Reglamento y que debían, de antemano, y dada la calificación autónoma pretendida, ser debidamente esclarecidas.

3. Problemas de calificación y de *dèpeçage*

7. Esta distinción, doctrinal, entre el régimen de bienes y el régimen matrimonial primario tiene, en el derecho portugués una consecuencia muy importante a nivel de Derecho de Conflictos.

¹¹ Véase F. PEREIRA COELHO, y G. OLIVEIRA, *op.cit.*, pp. 384-385; M. ANDRADE, *Teoria geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, Almedina, pp. 116 e ss.

¹² También para L. DIEZ-PICAZO, y A. GULLÓN, *op.cit.*, p. 95, parece claro que estas ilegitimidades no son cuestiones de capacidad.

En derecho internacional privado portugués, la materia de los efectos patrimoniales del matrimonio se encuentra recogido en tres reglas de conflictos: los arts. 52º, 53º e 54º. El art. 52º determina la ley aplicable a las relaciones entre los cónyuges, el art. 53º la ley competente para regular los regímenes de bienes y las capitulaciones matrimoniales y el art. 54º trata del problema de la modificación de los regímenes de bienes pero remite para la ley aplicable en los términos del art. 52º, sin perjuicio de la irretroactividad de la alteración de los regímenes de bienes en relación a terceros que, en cualquier caso, es impuesta según el art. 54º, núm.2.

La ley aplicable, según el art. 52º do Código Civil portugués, es la ley nacional común de los cónyuges; en ausencia de esta, la ley de la residencia habitual común de los cónyuges y, subsidiariamente, la ley del país con la cual la vida familiar se relacione más estrechamente. El momento de la concretización de los elementos de conexión es, en principio, el de la verificación de los hechos (constitutivos, modificativos o extintivos) de las situaciones en causa o el momento de la apertura de un procedimiento, tratándose así de un elemento de conexión móvil.

Dado que la ley aplicable a los regímenes de bienes en sentido estricto de conformidad con el art. 53º, se inmoviliza en el tiempo, ya que se aplicará la ley de la nacionalidad común o, en su defecto, la ley de la residencia habitual común, en el momento de la celebración del matrimonio, evitándose así el conflicto móvil. Subsidiariamente, será relevante la ley de la primera residencia conyugal.

La delimitación de estas reglas de conflictos no es fácil ya que la letra de la ley no es muy clara. La mayor parte de la doctrina¹³ entiende, que el art. 52º incluye en su cuadro conceptual, no sólo la materia de las relaciones personales entre los cónyuges — deberes conyugales, nombre, residencia familiar, dirección conjunta de la familia — sino también las normas de contenido patrimonial, generales y obligatorias (administración de los bienes, deudas conyugales, ilegitimidades), ej.: el régimen matrimonial primario. Será la ley indicada por el art. 52º que, *ex vi* art. 54º, regula la admisibilidad (o no) de la modificación de los regímenes de bienes en el matrimonio y otros contratos entre cónyuges, por entenderse que dichas normas son normas del régimen matrimonial primario. En el ámbito de la ley designada por el art. 53º permanecería la definición de régimen de bienes matrimoniales y todas las materias que dependan directamente de ella.

Esta duplicidad de normas de conflictos genera, no obstante, muchas dudas.

En primer lugar porque, como vimos, la identificación de las normas del régimen matrimonial primario no es obvia ni indiscutible siendo incierta la determinación de la norma de conflictos aplicable a la hipótesis *sub iudice*.

Después, porque al no coincidir esta clasificación con la de los ordenamientos extranjeros, habrá eventualmente conflictos de calificación. El art. 15º del Código Civil portugués encierra un modelo que no compromete al intérprete con ninguna calificación¹⁴, admitirá, como máximo, que a la misma alternativa sea aplicables dos normas de conflictos porque corresponden a caracterizaciones diversas, hechas por los ordenamientos en contacto con los hechos, de las normas aplicables: si la ley portuguesa, ley de la residencia habitual actual de los cónyuges, es competente para regular el régimen primario, determina (art. 52º) que la deuda contraída por uno de los cónyuges en provecho común de la pareja es común (art. 1691º, c)) pero la ley de la residencia habitual en el momento de contraer matrimonio, la ley francesa, competente para regular el régimen de bienes matrimoniales (art. 53º), entiende que esa deuda sólo es común en el régimen de participación, estando los cónyuges casados en el régimen de gananciales, tendremos un conflicto de calificaciones porque ambas leyes son aplicables.

La fragmentación, o *dépeçage*, del estatuto patrimonial del matrimonio en el derecho internacional privado portugués crea varios problemas una vez que la ley competente para regular el régimen

¹³ Véase PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. I, Coímbra, Coímbra Editora, 4ª ed., 1987, p. 86; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de direito internacional privado*, Coímbra, Almedina, 3ª ed., 1992, pp. 409-10; R. MOURA RAMOS, in PEREIRA COELHO Y G. OLIVEIRA, *op.cit.*, p. 738; L.LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II., Coímbra, Almedina, 3ª ed., 2009, p.528; A. MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado : sumários*, Lisboa, AAFDL, 1987, p.299; J.CUNHAL SENDIM, «Notas sobre o princípio da conexão mais estreita em Direito Internacional Privado Matrimonial Português», *Direito e Justiça*, pp.136 e ss.; A. FRADA DE SOUSA Y R. LOBO XAVIER, *loc.cit.*, p. 45 y R. MOURA RAMOS, *Direito internacional privado: relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino da disciplina*, Coímbra, 2000, pp. 39-40.

¹⁴ Así, A. FERRER CORREIA, *Lições de direito internacional privado*, Coímbra, Almedina, 2000, p.214.

primario puede desvirtuar el sentido y los objetivos de los cónyuges cuando, al abrigo de una ley diferente, competente para regular el régimen de bienes, escogen el régimen matrimonial.

8. Verificamos a menudo que también en otros ordenamientos jurídicos el recurso de duplicar las reglas de conflictos — incluyendo una los regímenes de bienes y dejando para el ámbito de la ley indicada por la otra, los restantes efectos patrimoniales del matrimonio, vulgarmente designados por el régimen matrimonial primario — conduce a idénticos problemas y dudas de calificación, así como de *dèpeçage*.

Dentro de la UE, hay una gran diversidad de soluciones en estas áreas del derecho sustantivo. Paradójicamente, se encontró que el único rasgo verdaderamente común a todos los derechos es la dificultad que sus intérpretes y ejecutores sienten al definir, clasificar, calificar, por último, estas normas que, sin excepción, varios legisladores quisieron confinar e dar cuerpo, apartándolas de los regímenes de bienes ya sea por su inclusión en distintas partes del sistema, ya sea por la mera unión y disposición en títulos y capítulos distintos¹⁵.

Este malestar recurrente y visible en la doctrina y los tribunales se deriva de la aparente incapacidad para desactivar algunas de estas reglas llamadas «generales» de un régimen de propiedad concreto y particular, también se debe a la dificultad en afirmar el grado de superioridad o yuxtaposición de ellas frente a normas similares, pero privativas de un régimen de bienes, especialmente cuando no se reproducen en otro régimen vecino; en suma, por la inoperatividad de las mismas si no fueran complementadas por aquellas que forman el régimen de bienes secundarios.

9. En el derecho español¹⁶, por ejemplo, son muchas las preguntas en relación al deber de los cónyuges de soportar las cargas de la vida doméstica, puesto que el contenido no está definido en el propio artículo 1318º del código civil que lo prevé pero en el apartado del régimen de deudas comunes (o de la responsabilidad del patrimonio común) de la *sociedad de gananciales* (art. 1362º, núm.1). Por otra parte el régimen de responsabilidad que aquí se propone, es el de solidaridad entre el patrimonio común y el patrimonio propio del cónyuge deudor, al contrario de lo que acontece en el art. 1319º en el cual se prevé la responsabilidad subsidiaria del cónyuge del deudor. A pesar de las dudas, la doctrina ha sostenido que el art. 1319º deroga el régimen del art. 1362º, núm.1. Otras divergencias aparecen en relación a los actos de disposición y de enajenación gratuita sobre los bienes muebles o el vivienda familiar, actos para los cuales la ley exige el consentimiento conyugal, creando una ilegitimidad (art. 1322º) e sancionándolos, para el caso de ser practicados, con la nulidad. Sucede que, sin perjuicio de la aplicación de las normas a los distintos regímenes de bienes, la doctrina no puede aislarse de la definición previa de éstos, en la medida en que esta pena más grave de nulidad sólo se aplica a los bienes comunes, es decir a los regímenes de bienes gananciales, perdiendo por ello la generalidad que le sería característica.

También el art. 1323º, al afirmar la libertad contractual entre los cónyuges, no desmiente, a pesar de su colocación sistemática en el seno de las reglas del régimen matrimonial primario, la naturaleza contractual del problema.

Estas dificultades van a tener forzosamente consecuencias en el momento de la reconducción de las respectivas materias a las reglas de conflictos adecuadas: así el DIPr español pretende la aplicación de una ley única a todo el estatuto patrimonial del matrimonio, pero al lado de la regla de conflictos relativa a los efectos del matrimonio (art.9º, §2), presenta una regla de conflictos destinada a los regímenes de capitulaciones matrimoniales (art.9º, §3) a la cual se tendrán que subsumir todas las normas materiales privativas de esos regímenes, lo que en cualquier caso, los tengan por objeto, forzando una calificación de las normas materiales que, como vimos, no obedece a respuestas unívocas por parte de los intérpretes.

De hecho lo menos que podemos decir del panorama doctrinal español en relación a la calificación conflictual de los efectos patrimoniales del matrimonio y en particular, de las reglas del régimen primario, es que es divergente, sino errático: las ilegitimidades conyugales oscilan entre la reconducción

¹⁵ También C. VAQUERO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 200, constata que la introducción en el futuro reglamento de una definición estricta de regímenes matrimoniales, excluyendo el régimen primario, tal como sugiere el GEDIP, «podría resultar poco eficiente».

¹⁶ Véase L.DÍEZ-PICAZO, y A. GULLÓN, *op.cit.*, pp. 142 a 222; J.L. LACRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVERRÍA, F. RIVERO HERNÁNDEZ, J. RAMS ALBESA, J., *op.cit.*, pp. 120 a 127 ; M. ALBADALEJO, *op.cit.*, pp. 140-155.

del art. 9º, §2, y el §1; entre el art. 9º, §2, y el Convenio de Roma o El Reglamento «Roma I» anda el principio general de admisión de los contratos, principalmente las donaciones, entre los cónyuges; el principio de la mutabilidad de los régimen de bienes duda entre el Convenio de Roma (o «Roma I») y el art. 9º, §3. Hay, a pesar de esto, algún consenso en relación a la inserción del deber de soportar las cargas familiares y la comunicabilidad de las deudas contraídas en el cumplimiento de ese deber en el ámbito del art. 9º, §2, sin perjuicio de las voces que defienden la sujeción del régimen matrimonial primario de los régimen de capitulaciones matrimoniales) referidas por el art. 9º, §3, en la medida en que son parte integrante (e imperativa) de ese régimen¹⁷ concreto.

10. Por su parte, el derecho italiano¹⁸ presenta un régimen matrimonial primario sumario y se limita a determinar la obligación de los cónyuges de soportar las cargas domesticas, mantenimiento, instrucción y educación de los hijos (arts. 143º, §3, 147º e 148º) sin pronunciarse sobre la eficacia externa del cumplimiento de ese deber — sólo en la comunidad de gananciales y convencional, en normas obviamente privativas de estos regímenes, se prevé la responsabilidad directa del patrimonio común y subsidiaria, en el régimen de conjunción, de los bienes propios de cada cónyuge — y una protección de la vivienda familiar (art. 144º). Probablemente debido a exigüidad de estas disposiciones generales es, de todos los ordenamientos jurídicos estudiados, el que presenta menores problemas de calificación.

Pero existen otras razones: en primer lugar, el propio sistema conflictual italiano optó por agrupar todos los efectos patrimoniales del matrimonio en una sola norma de conflictos (art. 30º), dejando para el art. 29º los efectos exclusivamente personales, evitando así los epígrafes más dubios de los otros ordenamientos vecinos como « los efectos del matrimonio» o «los efectos generales del matrimonio» que siempre admitirían la inclusión de las materias personales con carácter patrimonial, *maxime* el régimen matrimonial primario. La mayoría de la doctrina italiana no ve como un problema la reconducción de las normas del régimen primario al concepto-marco del art. 30º y consigue con ello no dividir el estatuto patrimonial del matrimonio en normas supletorias y normas obligatorias, aplicando leyes distintas a cada uno de estos parámetros, evitando de esta manera, las eventuales contradicciones emergentes de un *dépeçage* artificial. Con esto se evita también los problemas de calificación ya sea a nivel de *lex fori*, en el momento de la interpretación del concepto-marco (¿qué entendemos por efectos personales? ¿qué son efectos patrimoniales? ¿qué entendemos por régimen primario? ¿es o no esta norma de régimen primario?) ya sea, como ocurre en el modelo portugués de calificación (art. 15º do Código Civil portugués), los problemas de movilidad de varias normas de conflictos, tantas como las caracterizaciones de las normas materiales *lege causae* que corresponden a las distintas (o a ninguna) normas de conflicto que fragmentan la cuestión de los efectos patrimoniales del matrimonio.

¹⁷ En general, sobre este problema en el derecho internacional privado español, véase, entre otros, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (ED.), *Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 12º ed., 2011, pp.133-167, E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley — Estudio de DIP*, Granada, Comares, 2000, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 3ª ed., 2004, pp. 386-451; E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado*, Madrid, Colex, II, 2000, p.129-133; M. A. AMORES CONRADI, «Efectos del matrimonio» in J. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado: parte especial*, Madrid, Eurolex, 6ª ed., 1995, pp. 329-354; M. P. DIAGO DIAGO, «The matrimonial property regime in PIL», *Yearbook PIL* 2, 2000, pp. 179-203.

¹⁸ I. VIARENGO, *Autonomia Della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padua, Cedam, 1996; G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, Cacucci Editori, 1999; M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padua, Cedam, 2ª ed., 2005, pp.176-7, 186 e 192-202; T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Turín, Giappichelli, 8ª ed., 2006, pp.123 e ss. ; E. QUADRI, «Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi», *Il diritto di famiglia e delle persone*, Milano, Giuffrè, vol. XXXV, Out.Dez. 2006, R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Turín, G. Giappichelli Editori, 2000 ; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo Diritto di Famiglia*, Milano, Giuffrè, 1983, pp.242-3; R. VILLANI, «Codice Civile (arts. 83-313)» in A. TRABUCHI e G. CIAN, *Commentario breve al Codice Civile*, Padua, Cedam, 7ª ed., 2005, p.236-238; F. BUSNELLI, in «Persone, famiglia e successioni nel nuovo diritto internazionale privato» in *La riforma del sistema di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 99 a 110 ; L. GAROFALLO, *I rapporti patrimoniale tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Bari, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell' Università di Bari, 1987; R. CLERICI, «Commentario del nuovo Diritto Internazionale Privato (art. 29 e 30)» in *Studi e pubblicazioni della rivista de diritto internazionale privato e processuale (R.D.I.P.P.)*, Padua, Cedam, 1996, pp. 151-167; F. SALERNO CARDILLO, *Regime patrimoniale tra coniugi nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, Giuffrè, 1992; T. BALLARINO, *Diritto Internazionale Privato*, Padua, Cedam, 3ª ed., 1999, p.423.

Otra ventaja del derecho de conflicto italiano reside en la remisión supletoria del art. 30° para el art. 29°: no habiendo ejercido las partes su autonomía conflictual, tendremos una ley única para todos los efectos del matrimonio, personales y patrimoniales. Esta apertura al ejercicio de la autonomía conflictual, incluso frente a las normas obligatorias, motiva a la doctrina a defender la *professio iuris* en materias puramente personales.

11. En el caso del derecho francés¹⁹, los efectos patrimoniales del matrimonio también están regulados en puntos distintos del sistema: los regímenes de bienes en el Libro III del *Code* y los restantes efectos en el Libro I donde las normas sobre los deberes personales de los conyugues y las demás reglas sobre el funcionamiento del matrimonio tienen carácter obligatorio (*ex vi* art. 226°).

A pesar de esto, una vez más encontramos divergencias entre la doctrina y la jurisprudencia en relación a la caracterización de estas últimas normas, sólo parece haber algún consenso al considerar como régimen matrimonial primario las constantes de los arts. 214° (contribución de los cónyuges con las cargas doméstica), 220° (comunicabilidad de las deudas domésticas) y 215°, §3 (protección del domicilio familiar e ilegitimidades). Y aún así, surgen problemas: si el artículo 226° garantizó la obligatoriedad de estas normas, justificando el tratamiento distinto, ya sea a nivel sistemático interno ya sea a nivel conflictual, olvidó que, el deber de contribuir con las cargas domésticas puede ser modelado por los cónyuges, en los términos previstos en la ley, lo que le dota de alguna supletoriedad; por otro lado, asumiendo la contribución para las cargas domésticas de carácter general, con independencia de cuál sea el régimen de bienes del matrimonio — imponiendo una responsabilidad subsidiaria y solidaria, de cara al del patrimonio común, de los bienes propios de los cónyuges — siempre a medida del derecho de regreso entre los cónyuges va a diferir según estén casados en régimen de separación o de participación (caso en el que es inmediato) o en un régimen de bienes gananciales, en cuyo caso serán forzados a una moratoria hasta la disolución del régimen. Estas dudas se reflejan a nivel conflictual en la medida en que hay una separación entre las reglas de conflictos referentes a los regímenes de bienes del matrimonio (Convenio de la Haya de 1978) y las relativas a los efectos generales del matrimonio, previstas en el *Code*. La doctrina²⁰ y la jurisprudencia están de acuerdo en la necesidad de analizar y evaluar cada una de estas soluciones materiales individualmente. Además de que muchas de estas soluciones son consideradas *lois police* y normas de aplicación inmediata (son los casos de los arts. 215, §3, 217°, 219°, 220° a 223°) hay también diferencias en cuanto a la subsunción del art. 214° a el Convenio de La Haya de 1978 a la cual también se pone por hipótesis la (remisión) reconducción de los arts. 218° e 225°.

En relación a los contratos entre los cónyuges, y a pesar de su progresiva aceptación, la doctrina todavía tiende a calificarlos como normas reguladoras de los efectos del matrimonio (y no de los regímenes de bienes) por lo menos si sus restricciones se deben a la necesidad de protección de los propios cónyuges, sometiénolos a la ley de los regímenes de bienes si el problema reside en el reparto de los patrimonios. Lo mismo sucede con la admisibilidad de donaciones entre cónyuges a veces vista como una cuestión de foro sucesorio. En relación a la mutabilidad de los regímenes de bienes, que en Francia todavía cuenta con algunas restricciones, estando sujeta a un control notarial, a una moratoria cuando es hecha fuera de los tribunales, la necesidad de homologación judicial en situaciones contadas y a un sistema de publicidad severo, hay unanimidad en su integración en el estatuto de los regímenes matrimoniales como pieza fundamental de su libre elección y modelación por las partes.

¹⁹ M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique notariale*, Paris, Defrénois, 4ª ed., 1998; H. BATIFFOL Y P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Paris, LGDJ, 7ª ed., vol. 2, 1983; Y. LOUSSOUARN Y P. BOUREL, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 5ª ed., 1996, pp. 344-351 e 437-451; J. MAURY (DIR.), *Les Régimes Matrimoniaux*, Paris, Lamy, 1995; F. BOULANGER, *Droit Civil de la Famille, Tome I. Aspects internes et internationaux*, Paris, Economica, 3ª ed., 1997; B. ANCEL Y Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 4ª ed., 2001; A. COLOMER, *Droit Civil – Régimes matrimoniaux*, Paris, Litec, 11ª ed., 2002, pp. 752-755; D. BUREAU Y H. WATT, *Droit international privé*, Paris, PUF, 2007, 2º vol., p. 208; B. AUDIT, *Droit International Privé*, Paris, Economica, 4ª ed., 2006; H. GAUDEMET-TALLON, «Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux : tendances actuelles en droit comparé», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1969-1971, Paris, Dalloz, 1972.

²⁰ Cfr. G. WIEDERKEHR, an. C. Cass. (1ª Ch.civ.), 22.10.1985, *Journal du Droit International*, 1986, pp. 1005-1014, que comenta las dificultades de calificación en esta materia.

12. De una forma parecida, el derecho belga²¹ también regula en los arts. 212° a 224° de su código civil los efectos del matrimonio delegando para los arts. 1387° y ss. el tratamiento de los regímenes de bienes. Ya en el primer grupo de normas surgen las recurrentes dudas y divergencias de interpretación, habiendo, no obstante, alguna unanimidad en considerar como materia de régimen matrimonial primario las cuestiones relativas a la protección del domicilio conyugal (art. 215°), a la libertad de administrar y hacer movimiento en las cuentas bancarias (art. 217°), a la obligación de contribuir con las cargas domésticas (art. 221°), a la representación conyugal y solidaridad de las deudas (art. 222°) y a las sanciones para todos los actos que violen este régimen, estableciendo aún la prohibición general de donar y prestar garantías personales (art. 224°).

Pero en el derecho belga, en el cual el régimen matrimonial primario tiene un gran importancia garantizada por la detallada legislación, la doctrina alerta, de la imposibilidad de leer estas normas sin la visión de conjunto dada por la reglamentación de los regímenes de bienes y, en particular, por el hecho de las ilegitimidades impuestas sólo ser válidas en el ámbito del patrimonio propio de cada conyuge ya que, en relación a los bienes comunes, funcionan las reglas de los regímenes de bienes gananciales. Estas reticencias a la autonomía del régimen matrimonial primario frente a los regímenes de bienes encuentran mayor eco en el derecho internacional privado, a pesar del esfuerzo iniciado por el legislador conflictual en aclarar las cuestiones en la reciente codificación del derecho internacional privado belga de 2004. Se optó por la división de la materia de los efectos patrimoniales del matrimonio a través de la cláusula de la parte final del art. 48° que remite a las conexiones autónomas de los arts. 49° a 54°. De este modo, en el derecho internacional privado belga, el ámbito de los efectos del matrimonio está distribuido por las materias indicadas a modo de ejemplo en el artículo 48° — en que se identifican la mayor parte de las reglas del régimen matrimonial primario — y las indicadas en el art. 53° (regímenes de bienes). Además del principio de inmutabilidad de los regímenes de bienes (ya no la (in)admisibilidad de los contratos, en particular el contrato de compra y venta, entre cónyuges), también es parte de la materia subsumible a los arts. 53° (e 54°) del código de derecho internacional privado belga, la cuestión de la comunicabilidad de las deudas, incluso las contraídas para hacer frente a las cargas domésticas, materia que era calificada como régimen matrimonial primario. Además, podemos afirmar que la propia estructura del derecho de conflictos belga, en vez de armonizar, provoca divergencias de interpretación: hay quien entienda, por ejemplo, que dado el carácter residual del art. 48°, y en caso de duda, cualquier norma de régimen primario se debería subsumir al marco de los regímenes de bienes, así como permanece la contestación de la calificación personal del régimen primario al cual no se puede extender a *professio iuris* avalada para los regímenes de bienes en sentido estricto.

13. En el derecho alemán²², encontramos un elenco más reducido de normas generales sobre el estatuto personal y patrimonial de los cónyuges — los tradicionales deberes de asistencia material entre los cónyuges, poderes de representación doméstica, aquí sin mención a la solidaridad de las deudas contraídas, a la que se añade una presunción de la propiedad de los bienes muebles en favor del cónyuge deudor — destaca, desde luego, la ausencia de un marco protector de la vivienda conyugal, por lo menos en lo que respecta a un conjunto de ilegitimidades conyugales respectivas. Hay también dudas en cuanto a la calificación y posterior reconducción a los arts. 14° e 15° da EGBGB, indicando respectivamente las leyes aplicables a los efectos del matrimonio y a los regímenes de bienes, dado que la obligatoriedad de algunas normas no es total: es el caso del poder de representación doméstico que puede ser apartado por las partes y la presunción de la propiedad de los muebles que es rebatible. Por otro lado, las normas sobre los contratos entre cónyuges son vistas alternativamente por la doctrina como normas del estatuto

²¹ Cfr. entre otros, F. RIGAUX y M. FALLON, *Droit international privé*, Bruselas, Larcier, 2005, pp.537 e ss.; M. VERWILGEN, «Du neuf sur la loi régissent le régime matrimonial primaire», in *Homage a François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, pp.581-618; P. PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruselas, Bruylant, 2003; L. RAUCENT y Y. LELEU, *Les régimes matrimoniaux, contrat de mariage et modification du régime matrimonial*, Bruselas, Larcier, 1999.

²² Cfr. entre otros, W. SCHLÜTER, *BGB: Familienrecht*, 9 Auflage, Heidelberg, C.F.Müller, 2001; F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997; D. HENRICH, *Internationales Familienrecht*, Frankfurt, Verlag für Standesamtswesen, 1989; V. STOLL, *Rechtswahl im Namens-, Ehe-, und Erbrecht*, Munique, C.H.Beck, 1991; K. SIEHR, *Münchener kommentar zur BGB*, Bd. 10, 3 Auf., Verlag, Munich, C.H.Beck, 1998.

contractual o de los regímenes de bienes que también debería incluir el deber de información sobre el patrimonio.

Sin menospreciar el tema, la doctrina ha alertando que tal como en el derecho italiano, el problema pierda parte de su interés en la medida en que la conexión de las dos reglas de conflictos es común, permitiendo hasta la autonomía conflictual en los efectos generales del matrimonio, a pesar de ser más limitada de que en las materias de los regímenes de bienes y de los elementos de conexión estar inmovilizados en el tiempo.

14. Fuera del espacio comunitario, en el derecho suizo²³ asistimos al mismo aislamiento sistemático de las reglas del régimen matrimonial primario relativamente a los regímenes de bienes, tanto a nivel interno como conflictual, en el primero porque corresponden a normas agrupadas en títulos diferentes del código civil, en el segundo porque suscitan la intervención de normas de conflictos distintas.

En el derecho material suizo, existe un grupo de reglas generales que garantizan un mínimo de funcionalidad a la vida conyugal y doméstica y que se fundan en los mismos principios de obligación común de sustento de la familia, representación conyugal y solidaridad financiera en el cumplimiento de ese deber, protección del domicilio familiar (pero no, note-se, de sus enseres). Se adiciona además, un deber mutuo de dar informaciones sobre la situación patrimonial del agregado familiar.

Hay que destacar, no obstante, que la putativa generalidad de estas normas desaparece en algunos casos, véase el caso de la obligación de suportar las cargas domésticas cuya medida está depende directamente del concreto régimen de bienes en vigor en el matrimonio. Generalidad esa de la cual no se duda, por ejemplo, en relación a la solidaridad de los cónyuges frente a las obligaciones asumidas por uno de ellos en los límites de su poder de representación conyugal, aplicable tanto a los regímenes de separación de bienes o de participación, sin perjuicio de las mismas reglas presentes también en los regímenes de bienes gananciales, no siendo comprensible, no en tanto, la omisión del tipo de responsabilidad del patrimonio de los cónyuges (especialmente del cónyuge del deudor) al nivel de la subsidiariedad y del derecho de regreso.

En el derecho internacional privado suizo, el problema de la calificación, y con una excepción relativa a la naturaleza de la norma de aplicación inmediata de la protección del domicilio familiar, parece ser desvalorizado, acordando la doctrina en someter al art. 48° (efectos generales del matrimonio) las materias puramente personales y aquellas que presentan aspectos patrimoniales, e.j. las normas del régimen matrimonial primario del código civil y también las limitaciones a la libre capacidad de contratar entre los cónyuges (art. 226° b OR e 494° OR). Sorprendentemente el problema sólo aparece al leer el art. 57° que, al establecer un régimen de protección para los terceros que contratan con los cónyuges, presupone la aplicación de la ley indicada para regular los regímenes de bienes (prevista no art. 52°) y no aquella para la cual remite el art. 48°. A pesar de ello, se defiende la aplicación de esta protección a las situaciones en que existe una ilegitimidad conyugal opuesta a terceros o cuando estén invocan la garantía patrimonial ofrecida ya sea por el patrimonio común ya sea por el patrimonio del cónyuge del deudor.²⁴ La doctrina no parece estar muy preocupada con el problema en la medida en que para el caso que las partes no escogen la ley, el domicilio aparece como elemento de conexión objetivo común, ya sea para los efectos generales del matrimonio ya sea para los regímenes de bienes.

15. Además de los problemas de delimitación y calificación, la fragmentación y especialización de las leyes de conflictos en materia de los efectos patrimoniales del matrimonio y la no inclusión de

²³ Véase entre otros, A. BUCHER, *Le couple en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 2004; H. HAUSHEER, R. REUSSER, y T. GEISER, *Kommentar zum Eherecht*, Band I, Berna, Verlag Stämpfli & AG, 1988; P. VOLKEN y A. HEINI, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, Zurich, Schulthess, 2004; B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 4ªed., 2004.

²⁴ Presuponiendo así una tensión entre la aplicación de la ley reguladora de los regímenes de bienes (normalmente aplicable e invocada por los cónyuges) y la ley del domicilio invocada por el tercero. La aplicación de la ley de los regímenes de bienes como primera hipótesis (salvo, la buena fe de los cónyuges) se hace al abrigo del entendimiento consensual según el cual, tratándose de materias del régimen matrimonial primario, debería aplicarse el art. 48° y la ley del domicilio.

todas las materias con implicaciones patrimoniales en una única norma que crease un estatuto único del patrimonio de los cónyuges conduce a desajustes e incongruencias varias.

El equilibrio, pensado por el legislador de cada ordenamiento jurídico, entre las normas obligatorias y supletorias en este contexto se perdería si fueran aplicadas más de una ley al estatuto patrimonial del matrimonio. Además, se ignora que la aplicación de una ley única no desvirtúa la protección de los conyuges o de terceros o incluso el carácter institucional del matrimonio, en la medida en que en la mayoría de los ordenamientos existen normas con esos objetivos y que no serían descartadas por las partes solamente porque están al abrigo de una sólo ley para regular todos los aspectos económicos de su matrimonio.

En resumen estas son, las mayores preocupaciones que tenemos tras la lectura y análisis de la Propuesta del Reglamento «Roma IV» en términos de su ámbito de aplicación material.

16. Dicha inquietud se extiende también a los trabajos preparatorios de esta propuesta: de hecho, en el Libro Verde relativo a la resolución de los conflictos de leyes en materia de régimen matrimonial, incluyendo la cuestión de la competencia y del reconocimiento mutuo, presentado, el 17.07.2006, por la Comisión de las Comunidades Europeas,²⁵ se formuló una pregunta esencial para la aclaración de este punto: «¿Se debe incluir en el futuro instrumento ciertos aspectos personales del régimen matrimonial no contemplados por los instrumentos anteriores arriba mencionados o solamente los efectos patrimoniales recurrentes del matrimonio? En caso afirmativo, ¿cuales y por qué?» Se explico, en el citado documento, el sentido de esta pregunta, ejemplificando con el derecho de representación entre los cónyuges, la protección de la residencia familiar, la contribución para las cargas domésticas y a pesar del Libro Verde omitir la expresión «régimen primario», a ella se volvió en algunas de las respuestas a la pregunta formulada.

Vemos la respuesta que fue dada por el *Groupe Européen de Droit International Privé* (GEDIP), en Coímbra, en 16ª Sesión,²⁶ donde se defendió que el futuro instrumento debería tener una definición estricta de régimen matrimonial que lo distinguiese del régimen primario. Para el GEDIP, este régimen primario se identifica con los «efectos generales del matrimonio» y que incluye, en una interpretación claramente copiada del derecho interno francés, materias como la contribución para las cargas domésticas, el deber de asistencia, y alimentos, la solidaridad entre los cónyuges en el cumplimiento de las deudas domésticas, las normas sobre el domicilio familiar, las normas sobre el ejercicio de la profesión de los cónyuges, y debería ser «*clairement exclu du règlement sur les regimes matrimoniaux*». Las razones presentadas son dos: estas tipos de normas son muchas veces *lois police*, por un lado, y están, por otro, sujetas a normas de conflictos especiales como, por ejemplo, la relacionada con la obligación de alimentos — aquí se deduce la remisión a el Convenio de la Haya de 1973 y al propio Reglamento (CE) núm. 44/2001 y también a la propuesta del reglamento de la Comisión relativa, a la ley aplicable en materia de obligación de alimentos (hoy, el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18.12.2008 relativo à la competencia, à la ley aplicable, al reconocimiento y la ejecución de las decisiones y la cooperación en materia de obligaciones alimenticias), cuestión esta, que por las razones aducidas, estaba ya excluida del campo de la aplicación de este nuevo instrumento por el propio Libro Verde (*cit.*, p.5). En nuestra opinión, esta fundamentación era insuficiente y contradictoria con lo que fue dicho en el propio informe de la sesión²⁷ donde, relativamente al Libro Verde sobre los regímenes matrimoniales, o GEDIP admitía «*des avantages de la scission des règles de conflit de lois dans le domaine des effets du mariage — vu que les nouvelles règles se limiteront à la détermination des effets patrimoniaux du mariage*».

Sorprendentemente en esta respuesta no se vislumbra ninguna preocupación relativa a los continuos problemas de calificación y aplicación de las normas de conflictos que, en cada uno de los ordenamientos resultan claramente de la distinción material y conflictual de los efectos patrimoniales y personales del matrimonio.

²⁵ (COM (2006) 400 final in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2006/com2006_0400pt01.pdf)

²⁶ (cfr. *Réponses au Livre Vert sur les regimes matrimoniaux. 16e session- Coímbra 2006* in <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-26.html>)

²⁷ (cfr. *Seizième réunion, Coímbra, 22-24 sept. 2006, Compte rendu des sessions de travail* in <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-16t-fr.html>)

En otro sentido vemos, por ejemplo, la respuesta dada por el Conseil des Barreaux européens (CCBE)²⁸ que, sin perjuicio de admitir la dificultad de una respuesta unánime, especialmente por parte de los países de *common law* que no reconocen en su derecho interno normas de régimen primario, o CCBE entendió que siendo el objetivo común de las normas de régimen primario garantizar la seguridad cotidiana a los cónyuges y terceros, tal justificaría, por sí sólo, que el futuro instrumento no los ignorase.

La misma posición resulta de la aportación hecha por la Università degli Studi di Milano, por las profesoras Ilaria Viarengo y Stefania Bariatti²⁹, con una justificación que se aproxima mucho de nuestro modo de ver el tema: «*it would be advisable that personal and property relationships between spouses be governed by the same law or at least that harmonized solutions be found for both*», objetivo este que no se alcanzaría en pleno si los efectos personales del matrimonio quedaran fuera del ámbito del futuro instrumento. Esto es, las autoras, en nombre de la unidad del estatuto patrimonial, defendían la ley única y por ello la inclusión de los efectos personales del matrimonio en el futuro instrumento que determine la unificación, entre los países miembros, de la ley aplicable a estas materias. Y también apuntaron, coincidiendo con lo que defendemos, que esta solución iría implicar la extensión de la autonomía conflictual a los efectos personales del matrimonio, y por lo que se ve, admitieron, con muchas reservas por la mayoría de los sistemas. Para contornear esta dificultad, las autoras sugirieron que el futuro instrumento deberá definir por la negativa el conjunto de materias estrictamente personales, excluyéndolas de su ámbito de aplicación, ej. aquellas que no presenten ninguna incidencia patrimonial como los deberes de los cónyuges de fidelidad, cohabitación y asistencia (moral?). Por otro lado, aconsejaron que se admitiesen otras materias, como algunos contratos entre los cónyuges que presenten conexiones suficientes con el matrimonio para poder ser influenciados por su régimen y justificar su inclusión en estas normas de conflictos.³⁰

17. A pesar de estas opiniones disonantes, la verdad es que de las cerca de 40 respuestas dadas a las preguntas enunciadas por la Comisión en este Libro Verde³¹ fue elaborado un resumen³² en el cual se recogió, estas dos visiones contrarias relativas al problema de la inclusión o no del régimen primario en el futuro instrumento de reglamentación y fue mayoritariamente la visión adversa, esto es, la que defienden la exclusión de estas materias. No obstante, los argumentos explicados no eran contrarios a los esgrimidos por los primeros — de la necesidad de un estatuto matrimonial único — pero se limitaba a temer la excesiva interferencia de los derechos substantivos de cada Estado Miembro.

Todavía en lo que concierne el ámbito de aplicación del futuro instrumento sobre la ley aplicable al régimen de bienes, la pregunta núm.1 b) del Libro Verde era la de saber si el referido instrumento se aplicaría a los efectos patrimoniales consecuentes de las relaciones conyugales (o análogas) en el período de vida en común o sólo en el momento de la separación. El texto del Libro Verde aclaró que «las deudas resultantes de los actos comunes o individuales de los cónyuges deben ser imputadas al patrimonio común o individual de estos, de modo a repartir el respectivo peso entre estos y en relación a los terceros». Aparentemente olvidando que la cuestión de las deudas conyugales (por lo menos parte de ellas), la solidaridad de su cumplimiento y las ilegitimidades conyugales son también, en la mayoría de los ordenamientos, materias de régimen primario, o GEDIP (que había excluido el régimen primario del ámbito de aplicación de este instrumento) responde afirmativamente a esta cuestión: «*le futur règlement devra absolument s'appliquer aussi bien pendant tout la durée de la vie commune que lors de la dissolution. La question du régime matrimonial peut en effet se poser pendant la vie en commune, par exemple à l'occasion de la acquisition ou de la vente d'un bien immobilier*».

²⁸ (in http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/matrimonial_property/contributions/others/ccbe_en.pdf)

²⁹ http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/matrimonial_property/contributions/others/universita_degli_studi_milano_bariatti_viarengo_en.pdf

³⁰ Véase S. BARIATTI Y I. VIARENGO, «I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato comunitario», *RDIPP*, 2007, n.º 3, pp. 603-617.

³¹ (cfr. http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/matrimonial_property/news_contributions_matrimonial_property_en.htm)

³² (cfr. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/summary_answers_com_2006_400_en.pdf)

4. Solución defendida

18. Compaginando estas consideraciones hechas durante la organización del Libro Verde sobre los conflictos de leyes en materia de regímenes matrimoniales y que están en el origen y fundamento de la Propuesta del Reglamento «Roma IV» que analizamos, con el carácter muy vago y lagunoso de la delimitación de su ámbito de aplicación material, concluimos que las dudas en esta materia son fundadas y deben ser esclarecidas por el texto del futuro Reglamento³³.

Se deberá referir en lo articulado o en la Exposición de motivos el criterio de delimitación e interpretación del concepto-marco «régimen de bienes» y esclarecer si está o no incluido el régimen matrimonial primario y si deben considerarse, al lado de la gestión cotidiana del patrimonio conyugal, las ilegitimidades conyugales, las limitaciones a la capacidad de negociar de los cónyuges, las deudas conyugales y todas las demás materias de contenido patrimonial del derecho matrimonial sean estas dependientes o independientes del régimen de bienes concreto, sean ellas, o no, normas de tipo obligatorias.

La sumisión de *todos* los efectos patrimoniales del matrimonio, sedimentando el criterio de calificación y delimitación en la naturaleza patrimonial y pecuniaria de las relaciones que están a regir, eliminando la distinción artificial e incierta entre el régimen matrimonial primario y el régimen de bienes, es la mejor solución conflictual en esta materia y la única que evita problemas de calificación, de fragmentación y coordinación y garantiza la coherencia en la regulación del estatuto patrimonial del matrimonio.

II. La ley aplicable a los regímenes matrimoniales en la propuesta del Reglamento «Roma IV»

1. El cambio de ley aplicable a los regímenes matrimoniales

A) El cambio de la ley elegida por las partes

19. La Propuesta del Reglamento «Roma IV» que acogió, en su art. 16º, la autonomía conflictual, en coherencia con la nueva tendencia ya revelada por los anteriores Reglamentos «Roma I» (art. 3º) y «Roma II» (art. 14º) y, en especial, en el ámbito del derecho de familia, el Reglamento «Roma III» (art. 5º), permite la elección, por los cónyuges, de la ley aplicable a su régimen matrimonial. Esa elección es, como ocurre también en materia de divorcio y separación, en el ámbito del Reglamento «Roma III», limitada. Según el art. 16º de la Propuesta, los cónyuges o futuros cónyuges podrán escoger la ley aplicable al régimen matrimonial si fuera: a) la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges o b) la ley del Estado de residencia habitual de uno de ellos en el momento de la elección o c) la ley del Estado de la nacionalidad de uno de ellos en el momento de la elección. Fueron escogidos elementos de conexión que permiten la elección de leyes relacionadas con la vida familiar y con implicaciones exclusivamente personales: nacionalidad y residencia habitual.

Esta elección de la ley puede ser, en la duración del matrimonio, modificada o alterada por las partes; en ese caso, su segunda (y siguientes) elección sólo podrá recaer, en los términos del art. 18º, sobre la ley del Estado de la residencia habitual o de la nacionalidad de uno de los cónyuges en el momento de la elección. Este cambio sólo producirá efectos para el futuro, salvo voluntad expresa de las partes en sentido contrario y, en este caso, la eficacia retroactiva no podrá perjudicar a los derechos de terceros resultantes de la ley anteriormente aplicable ni a la validez de los actos practicados anteriormente a la luz de esa ley.

20. Existen puntos oscuros en estas soluciones, en particular sobre la razón de la limitación de la segunda elección a la ley de la nacionalidad o residencia habitual de uno de los cónyuges en el momento de la elección (no se refiriendo entonces a la ley nacional común o a la ley de residencia común) y sobre la omisión, en el art. 16º, a), del «momento de elección», como punto de conexión inmovilizado.

³³ Véase sobre un mismo problema pero relativo a la exclusión de las obligaciones de alimentos del ámbito de aplicación del futuro Reglamento «Roma IV», C. NAGY, «El derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba», in *Anuario español de derecho internacional privado*, t.X, 2010, pp. 511-529.

Podríamos pensar que el art. 18º implícitamente, o por mayoría de razón, permite la escogida de la ley de la residencia habitual común (o mismo de la nacionalidad común)³⁴ pero es también de admitir que la limitación de autonomía conflictual a los dos supuestos tiene como objetivo no se permitir que la nueva ley escogida sea la ley indicada en lo art. 16º, i.e., la ley de la residencia habitual común no inmovilizada que puede ser, en concreto, la ley de la residencia común posterior a la celebración del matrimonio, diferente de la ley de residencia de los futuros esposos en el momento de elección.

B) El cambio de ley supletoria aplicable

21. A falta de ley escogida por las partes, la Propuesta indica supletoriamente, en el art. 17º, las leyes aplicables, utilizando conexiones subsidiarias, en una «escala de Kegel». Así, la ley aplicable será la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges después del matrimonio; subsidiariamente, y a falta de esta, la ley del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento del matrimonio (salvo si, en este caso, los cónyuges tuvieran más de una nacionalidad común); en último lugar podrá aplicarse la ley del Estado con el cual los cónyuges tengan en conjunto vínculos más estrechos, atendiendo a todas las circunstancias, especialmente al lugar de la celebración del matrimonio.

En este elenco son valorizadas las conexiones de tipo personal — residencia habitual común y nacionalidad —, dándose prioridad a la primera aunque no se hace referencia en el texto de la Propuesta al concepto de residencia habitual, especialmente el seguido por la *lex causae* o por la *lex fori* o aún garantizándole una interpretación autónoma. Fue descartada, en nombre de la unidad del estatuto patrimonial, la posibilidad de aplicar se la *lex rei sitae* a los inmuebles, lo que se comprende, a pesar de ser siempre una opción viable desde que no hubiese, *in casu*, violación del art. 15º y de la aplicación de una única ley al conjunto dos bienes de los cónyuges.

Por otro lado, se evitó la dificultad que siempre conlleva la plurinacionalidad de los sujetos, optándose por la eliminación de esta conexión en el caso de existir más de una nacionalidad común (art. 17º, núm. 2) permaneciendo, no obstante la duda sobre si debería ser esta la ley aplicable cuando la nacionalidad común de los cónyuges plurinacionales no es la más efectiva. También se pretendió contornear la dificultad de determinar la ley cuando los cónyuges no tienen en el momento de casarse una residencia habitual común, optándose primero por la primera residencia conyugal. Por fin, con agrado nos hacemos eco de la inmovilización de las conexiones, contorneando así el conflicto móvil, especialmente a lo que respecta a la conexión mas móvil que es la residencia habitual y que tiene preferencia, como forma de integración, frente a la de la nacionalidad, tal como ya había sido decidido en materia de divorcio y separación en el Reglamento «Roma III».

De hecho, en la Exposición de motivos de la Propuesta (5.3) se dice, como comentario al art. 18º que «sólo es posible la alteración voluntaria de la ley aplicable a los cónyuges. Las disposiciones del Reglamento no prevén una alteración automática de la ley aplicable, sin la manifestación de la voluntad de las partes en ese sentido o desde que tomaron conocimiento de la alteración, con el fin de evitar cualquier fuente de inseguridad jurídica».

Por muy conveniente³⁵ que esta solución sea, la verdad es que no vemos que resulte claramente de ley una vez que la ley aplicada supletoriamente es pasible de ser alterada: de hecho, la ley «más próxima» puede mudar durante la vigencia del matrimonio y también ahí se cuestiona sobre el carácter automático o voluntario de ese cambio.³⁶

³⁴ Así C. NAGY, «El derecho aplicable...», *cit.* pp. 511-529 y I. VIARENGO, «The EU proposal on matrimonial property regimes», *YPIL*, vol. XIII, 2011, pp. 199-215 (211) defendiendo que la hipótesis del art. 16º a) ya está consumida pelos preceptos siguientes y no debería ser autonomizada y que, por eso, el art. 18º no ayunta nada al art. 16º e no debería existir.

³⁵ Las ventajas y desventajas de una conexión móvil inmóvil o inmovilizada son variadas y no hay unanimidad de puntos de vista en esta materia a pesar de dar importancia, en todos los casos, al apelo de la voluntad expresa a través de la elección de ley que puede corregir una mutabilidad automática indeseable: así, cfr. A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Turín, Giappichelli Editore, 2009, p. 510, A. BONOMI Y M. STEINER (ed.), *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, Ginebra, Librairie Droz, 2006, pp. 71-74.

³⁶ En sentido coincidente, véase C. NAGY, «El derecho aplicable...», *cit.*, pp. 511-529 y I. VIARENGO, «The EU proposal on matrimonial property regimes...», *cit.*, pp. 199-215.

2. La omisión de indicación sobre la ley aplicable al cambio de régimen matrimonial como consecuencia del cambio de ley aplicable a los regímenes matrimoniales

22. A pesar de que muchos de los ordenamientos jurídicos de los Estados-Miembros permiten el cambio de ley aplicable a los regímenes matrimoniales durante la vigencia del matrimonio, ya sea un cambio voluntario, a través del ejercicio de la autonomía conflictual, ya sea un cambio automático, por la alteración de la concretización de los elementos de conexión móvil, ningún sistema de derecho internacional privado se preocupa excesivamente con el problema de la articulación entre la mutabilidad conflictual y material al nivel de los regímenes de bienes.

La misma omisión se verifica en la Propuesta del Reglamento «Roma IV».³⁷

Especialmente permitiéndose la elección de ley en el ámbito internacional como corolario lógico de la autonomía privada de los cónyuges en el momento de la definición y regulación de su estatuto patrimonial y que se expresa también por la posibilidad de cambiar de régimen de bienes durante el matrimonio, los distintos Derechos no tienen grandes dudas que los cónyuges puedan igualmente cambiar de ley aplicable a su régimen matrimonial; no obstante, omiten el problema de saber si el cambio de ley conlleva, intencionalmente o no, el cambio de régimen y cuáles son sus consecuencias.

La importancia de la cuestión, sabiendo que no todos los derechos sustantivos o materiales admiten, en los mismos términos, el cambio de un régimen matrimonial durante el matrimonio, es innegable.

Especialmente en un ámbito de elección universal aunque con conexiones limitadas (la ley de la residencia habitual escogida por uno de los cónyuges puede impedir, como la ley portuguesa, el cambio de régimen de bienes durante el matrimonio o puede incluso desconocer la libertad de establecerlo), saber si es la nueva ley (a aplicable) o a ley anterior (la aplicada) la que va definir las condiciones formales o sustantivas para el cambio material de régimen, la imposición de un régimen típico, la negación del acceso a un régimen convencional, entre otras cuestiones, es fundamental.

Y esto mismo aunque ya esté resuelto el problema de la calificación, ej., la sumisión de la cuestión a la regla de conflictos de los regímenes de bienes o a otra regla (como sería el caso del derecho portugués); además, el problema sólo tiene interés, en el ámbito legislativo actual, admitiendo que la cuestión de la modificación del régimen matrimonial se encuadra en la Propuesta del Reglamento «Roma IV»: también aquí sería útil este esclarecimiento, lo que no se hace en la Propuesta, además sabiendo que hay dudas sobre la inclusión del régimen matrimonial primario y el derecho portugués, por ejemplo, que mantiene la inmutabilidad de los regímenes de bienes, considera que la materia es pertinente a efectos generales del matrimonio o «relaciones entre los cónyuges» (art. 52º *ex vi* art. 54º) y no a los regímenes matrimoniales (art. 53º).

A) El ejemplo del Convenio de la Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales

23. El problema fue, no obstante, discutido y resuelto parcialmente en el derecho francés que ratificó el Convenio de la Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes de bienes.

El Convenio de la Haya permite el cambio de ley aplicable a los regímenes de bienes, ya resulte el cambio de un acto voluntario de las partes (art. 6º) ya, en el caso de no haber habido elección de ley y el derecho aplicable ser el del ordenamiento jurídico determinado por las conexiones objetivas, de un cambio automático fruto de la alteración de la residencia habitual o de la nacionalidad de los cónyuges que no está inmovilizada (art. 7º).

En relación al problema de identificación de la ley aplicable al cambio material de régimen que ocurra por el previsto y consagrado cambio de ley del régimen de bienes, el Convenio no se pronuncia al respecto.

³⁷ También criticada por C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op.cit.*, p. 1153, diciendo ser una sorpresa que la Propuesta solo se preocupa con los aspectos formales de los capítulos matrimoniales y olvida el carácter vinculante que es variable en derecho comparado.

Es decir, sabiendo que el derecho internacional privado francés califica la cuestión del cambio de los regímenes de bienes³⁸ durante el matrimonio (y que su derecho interno consagra de modo controlado, sujeto al control judicial) como una cuestión relacionada con la ley reguladora de los regímenes de bienes (y no a los efectos generales del matrimonio, por ejemplo) y existiendo simultáneamente, por voluntad de las partes, cambio de régimen y de la ley que le es aplicable, podremos preguntarnos si es la ley antigua (y preterida) o a ley nueva (y elegida) la que se aplicará a cuestión. Esta aclaración sería útil a fin de determinar qué ley autorizaría (o no) el cambio de régimen y cuales serían las condiciones (de forma y de fondo) que se establecerían al efecto. Surge legítimamente la duda sobre si será la ley actual, la ley transitoria o cualquier otra a autorizar, o no, a establecer condiciones o no, para efectuar un cambio material de régimen, que como vimos, coincidirá casi siempre con el mero cambio de ley.

24. Esta laguna, unida a la amplia concepción del principio de mutabilidad conflictual en materia de regímenes matrimoniales, voluntaria o automática, crea algunas dificultades de interpretación, especialmente en la articulación de aquel principio con la mutabilidad material de los regímenes de bienes³⁹. Así, podemos tener diferentes soluciones según estemos delante de una hipótesis de: a) cambio voluntario del régimen de bienes en el ámbito de la misma ley que le es aplicable; b) cambio voluntario de régimen de bienes y de la ley que le es aplicable; c) cambio voluntario de la ley aplicable al régimen de bienes y alteración automática del mismo; d) cambio automático de la ley aplicable al régimen de bienes con alteración automática del mismo también.

25. Como vimos, la hipótesis a) no se resuelve expresamente en el Convenio de la Haya que no designa la ley aplicable a la cuestión de la simple mutabilidad material de los regímenes matrimoniales⁴⁰ sino tan sólo al cambio de ley que les es aplicable.

Contrariamente, y para los matrimonios celebrados hasta 1992, en el derecho común francés de fuente jurisprudencial y doctrinal hoy es pacífica la calificación de esta cuestión como materia que integra el concepto-marco de la norma de conflictos que concierne a los regímenes matrimoniales. Es de destacar que esta opción fue tomada en un ámbito de derecho material opuesto al actual. Hasta la entrada en vigor de la ley de 13 de junio de 1965, estaba en vigor en Francia el principio de inmutabilidad de los regímenes de bienes, norma obligatoria que pretendía sobre todo la protección de los cónyuges. A pesar de esta visión de la figura, o *arrêt Zelcer* de 4 de junio de 1935 se pronunció en el sentido de que la regla de la inmutabilidad de los regímenes de bienes, común a todos los matrimonios independientemente de su concreto régimen de bienes, pertenecía al ámbito de la ley aplicable a los regímenes de bienes y, siendo así, sólo sería invocada si la ley francesa fuese la ley reguladora del régimen de bienes *sub iudice*. Es decir si, la opción de esta calificación en detrimento de la ley personal se desarrolló ante una norma material con estas características (obligatoriedad, institucionalidad, protección de los intereses de los conjugues e de terceros)⁴¹ nada habría que objetar a una calificación idéntica a la del art. 1397° del CC que solamente condiciona la libre alteración de los regímenes de bienes, por acuerdo de los conjugues, en la dependencia del matrimonio, a la verificación del interés de la familia y la homologación judicial⁴².

³⁸ Solución que podrá no ser la misma en los otros dos Estados — o Luxemburgo e los Países Bajos — que ratificaran el Convenio.

³⁹ Así cfr. M. REVILLARD, «Les changements de régimes matrimoniaux dans l'ordre international», *Travaux du Comité Français de DIP*, 1995-98, Paris, Pedone, 2000, pp. 265-295.

⁴⁰ En palabras de D. BUREAU Y H. WATT, *op.cit.*, p. 219: «*en revanche, cette Convention est muette sur le changement du régime lui-même*». También Y. LEQUETTE, «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales», *Recueil des cours*, 1994, 246, Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 172-3, aprecia negativamente este silencio.

⁴¹ Así H. BATTIFOL Y P. LAGARD, *op.cit.*, p.377, que aducen el argumento teleológico — la inmutabilidad es una característica, un « *trait* », esencial del régimen de bienes que no visa apenas la protección de los cónyuges — el sistemático, recordando que el art. 1395° (principio de la inmutabilidad de los regímenes de bienes) en su antigua redacción estaba incluido en el capítulo de las disposiciones generales del contrato de matrimonio y de los regímenes matrimoniales.

⁴² En una perspectiva diferente, Y. LOUSSOUARN, *op.cit.*, pp. 447, observan que esta calificación del principio de (i)mutabilidad de los regímenes de bienes se torno más dudosa precisamente después de la liberalización del sistema operado por la Ley de 13 de julio de 1965: « *l'accueil fait par le droit français à la mutabilité rend moins supportable l'idée de « figer » une fois pour toute le statut matrimonial des époux* ».

Y además no crea problemas que el art. 1397º no es una norma de aplicación inmediata ni el principio de la mutabilidad debe integrar la reserva de orden pública internacional del Estado francés. Dado el silencio del Convenio sobre la cuestión, la solución de derecho común será la adoptada.

De este modo, en una relación privada internacional y siendo el derecho francés la *lex fori*, los conjugues podrán alterar materialmente el régimen de bienes en que viven se para tal fueran autorizados por la ley aplicable a su régimen de bienes; tal alteración, en el ámbito estricto de la autonomía material eventualmente concedida por esa ley, puede hacerse en favor de cualquier régimen de bienes previstos o por referencia a un régimen de una tercera ley en los límites imperativos de la primera; aquella ley será la indicada o por el Convenio de la Haya (para los matrimonios celebrados después de 1992) o por el derecho común francés (para los matrimonios celebrados antes de esa fecha). Significa esto también, que todas las condiciones impuestas por esa ley para la validez y eficacia de la alteración (necesidad de homologación judicial o administrativa, una determinada moratoria desde la celebración del matrimonio, la verificación del interés de la familia en el cambio o la ausencia de prejuicio para los acreedores, la eficacia retroactiva del cambio, etc.) tendrán que ser entendidas como verdaderas condiciones sustanciales de la alteración efectuada.⁴³

26. En la hipótesis b) considerada, los cónyuges, al mismo tiempo que acuerdan en un cambio material del régimen de bienes, también optan por una nueva ley reguladora de esas relaciones patrimoniales. En esta situación, los cónyuges no se limitan, por hipótesis, a pasar de un régimen legal de la ley *x* para uno de sus regímenes convencionales u optar por un régimen de bienes de una 3.ª ley, en los límites de la autonomía material concedida por la ley *x*, permaneciendo esta como ley aplicable a su régimen de bienes; diferentemente, ahora, los cónyuges ejercen la autonomía conflictual que le es concedida por el derecho francés (*mutatis mutandis*, por el art. 16º de la Propuesta de Reglamento «Roma IV»), mudando simultáneamente de régimen de bienes y de la ley que le es aplicable. Esta posibilidad, prevista en el Convenio de la Haya (art. 6º) y de la que se benefician todos los cónyuges en Francia, independientemente de la fecha de celebración de su matrimonio, va a encontrar los límites propios del ejercicio de la autonomía conflictual en el ámbito del Convenio: los cónyuges sólo podrán optar por una de las leyes (y consecuentemente de sus regímenes) prevista en el art. 6º, con limitaciones impuestas por el Convenio al ejercicio de la autonomía conflictual, previstas en su art. 3º. Así, los cónyuges podrán, durante la vigencia de su matrimonio, escoger la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de uno de ellos y, en relación a los inmuebles, a *lex rei sitae*. No habrá otras condiciones impuestas al cambio de ley a no ser las derivadas de las exigencias en cuanto a la forma y al consentimiento de la elección inicial de ley (arts. 10º, 11º e 12º del Convenio)⁴⁴ y los requisitos impuestos por la ley de los regímenes de bienes (ahora preterida en favor de la nueva ley aplicable) la mutabilidad, a lo largo del matrimonio, del régimen matrimonial que lo regia, esto es, por la ley anterior: «*Le changement de loi applicable étant admis, le changement de régime matrimonial lui-même continuera de suivre la procédure requise par la loi du régime que les époux abandonnent*».⁴⁵

⁴³ Así, M. REVILLARD, *loc.cit.*, p.269, que critica algunas decisiones de los tribunales franceses que unas veces exigen la homologación judicial del cambio de régimen de bienes cuando la ley que regula el estatuto patrimonial de los cónyuges es una ley extranjera que desconoce tal condición, y otras veces la dispensan cuando es precisamente la ley francesa la indicada por la regla de conflictos. Las decisiones citadas por la Autora son doblemente criticables porque en los casos expuestos ni siquiera existe cambio de ley aplicable sino apenas cambio material del régimen eventualmente en favor de un régimen de bienes de una ley extranjera. En el mismo sentido, cfr. AUDIT, B., *op.cit.*, p.710, reafirmando que la necesidad de homologación debe ser considerada como una condición de fondo por aplicación, a ese título, de la ley del régimen inicial, así como A. LEUCK, «Le statut matrimonial et la vie internationale», *Rapport au 75º Congrès des Notaires de France*, 1978, vol. II, p.1064.

⁴⁴ B. AUDIT, *op.cit.*, p.712, considera que la autorización conferida por el Convenio de la Haya (art. 6º) para la alteración de la ley aplicable al régimen de bienes, sin consulta previa ya sea de la ley del régimen inicial ya sea de la del régimen actual, configura una norma material de derecho internacional privado.

⁴⁵ Por todos, véase M. REVILLARD, *loc.cit.*, p.271. En sentido contrario, cfr. D. BUREAU Y H. WATT, *op.cit.*, p.219, dejando constancia que, en desacuerdo con la doctrina dominante, son favorables a la aplicación de la nueva ley escogida para regular la cuestión de la admisibilidad y/o las condiciones para el cambio de régimen concomitante al cambio de ley. La misma visión, pero relativo al derecho belga, es defendido por F. BOUKAERT, «Le nouveau code de droit international privé belge», in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Paris, Défrenois, 2007, p. 47.

27. Aparentemente, la hipótesis c) considerada no debería diferir en nada de esta última. Si los cónyuges acuerdan un cambio de ley y de ella sobreviene, automáticamente, el cambio de régimen matrimonial, ya sea porque la ley nueva tiene un diferente régimen legal ya sea porque, a pesar de ser lo mismo, tiene una diferente organización, el carácter no voluntario de esta alteración no debería ser suficiente para abandonar el sistema adoptado: el cambio de ley se haría en los límites impuestos por el Convenio de la Haya que le es aplicable y, sobreviniendo un cambio de régimen, sería, según la doctrina dominante, la ley anterior reguladora de los regímenes de bienes (indicada por el Convenio de la Haya o por el derecho común francés) la que determinaría las condiciones o incluso la validez de esa alteración.

No es esta sin embargo, la interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia francesa⁴⁶ para este caso. Valorizando la naturaleza conflictual del acuerdo de elección de ley, la doctrina considera que no hay lugar para la aplicación de la norma de conflicto de los regímenes de bienes y de la ley que autorizaría o no y en qué condiciones el cambio de régimen. El problema es visto estrictamente como un problema de cambio de ley aplicable, ignorándose deliberadamente el hecho que esa elección pueda visar, implícitamente, un cambio de regímenes. Este cambio puede ser tanto previsto como apenas tolerado pero no es ignorado por las partes.

Si los cónyuges escogieran, durante el matrimonio, otra ley para regular su régimen de bienes en los términos del art. 6º, el cambio de régimen de bienes que le sobreviniese no estará exento de cualquier medio de control (judicial o de otro tipo), ni dependerá de la aceptación del cambio por parte de la ley aplicable al régimen de bienes que, por hipótesis, puede consagrar el principio de inmutabilidad: si un matrimonio portugués residente en Lisboa fuera a residir en Francia y decidiera elegir la ley francesa como ley reguladora de su régimen de bienes cambiándose también para el régimen legal de la ley francesa, podrá hacerlo a pesar de la ley aplicable al régimen de bienes anterior, en los términos del art. 4º del Convenio de la Haya — la ley portuguesa —, consagrar el principio de inmutabilidad.

Mientras algún tiempo imperó la duda sobre el tipo de cambio de régimen, e.j si los cónyuges, para aprovechar esta simplificación del cambio de régimen, podrían solamente optar por el nuevo régimen legal de la ley nueva o también por cualquier régimen convencional previsto en ella o incluso pasar de un régimen convencional para otro régimen convencional de la nueva ley. O art. 1397º, núm. 3, del código civil francés, introducido por la Ley de 28 de octubre de 1997, vino a aclarar estas dudas y dar una interpretación más amplia del Convenio de la Haya en esta materia en armonía, con la interpretación hecha por los otros países signatarios⁴⁷. Así, según términos de esta norma: «*A l'occasion de la désignation de la loi applicable, avant le mariage ou au cours de celui-ci, les époux peuvent désigner la nature du régime matrimonial choisi par eux*».

En suma, ante el nuevo texto legal, el cambio de ley y la designación de un nuevo régimen no están, en el derecho francés, sujeto a ningún control por parte ya sea de la ley reguladora del régimen anterior ya sea del nuevo.⁴⁸

28. El Convenio de la Haya de 1978 admite otro tipo de mutabilidad conflictual (hipótesis d), aquella que resulta, automáticamente, de las diferentes concretizaciones en el espacio y en el tiempo de los elementos de conexión objetivos.

De hecho, el art.7º, a pesar de afirmar la idoneidad de la competencia de la ley designada por el Convenio por lo menos hasta el momento en que los cónyuges elijan otra y a pesar de que se den cambios en los elementos de conexión decisivos como la residencia habitual y la nacionalidad, admite, en el núm. 2, que, no existiendo ni contrato nupcial ni un único acuerdo de elección de ley, la ley del régimen matrimo-

⁴⁶ Cfr. G. DROZ, «Les nouvelles règles de conflits françaises en matière de régimes matrimoniaux», *RCDIP*, n.º4, 1992, t.8, pp. 631-935, p.658.

⁴⁷ Como fue el caso de los Países Bajos que en art. 8º de Ley de ratificación del Convenio declararon que la homologación judicial de las modificaciones del régimen económico matrimonial durante el matrimonio (necesaria en el derecho interno, según lo dispuesto en art. 119º del código civil holandés) no se aplica si los cónyuges designaran otra ley como aplicable a su régimen de bienes.

⁴⁸ Así, D. BUREAU Y H. WATT, *op.cit.*..., p.222, recuerda que ante el riesgo que esta solución tiene para los terceros, el art. 9º del Convenio de la Haya condiciona la oposición de la ley aplicable y de su retroactividad al cumplimiento de formalismos y de medidas de publicidad o al conocimiento efectivo por los terceros de esa ley.

nial (la ley de la primera residencia habitual o la ley de la nacionalidad, en los términos del art. 4º) sea automáticamente substituida por la ley de la nueva residencia. Tal sucederá cuando la nueva residencia habitual de los cónyuges esté en el Estado de su nacionalidad común (o, por lo menos, a partir del momento en que los cónyuges adquieran esa nacionalidad), cuando fuese establecida una primera residencia conyugal (cuya ausencia justificaba la sumisión del régimen matrimonial a la ley de la nacionalidad, en los términos del art. 4º, §2 §§3) y por último cuando la nueva residencia conyugal, no siendo la primera, haya sido adoptada inmediatamente a la celebración del matrimonio y haya estado más de 10 años en el mismo Estado.

Este cambio automático e involuntario del régimen, muy criticado por la doctrina⁴⁹ no es, no obstante retroactivo⁵⁰, salvo voluntad contraria de los cónyuges, expresa en los términos del artículo 13º y sin perjuicio de los derechos de terceros eventualmente atingidos por la retroactividad voluntaria.

B) Solución defendida

29. Calificando la cuestión del cambio material de los regímenes de bienes como una cuestión relacionada con los efectos patrimoniales del matrimonio, debería ser la nueva ley elegida por los cónyuges la que estableciera las condiciones para ese cambio coincidiendo con el cambio de ley aplicable.

Una solución diferente, que implique la consideración de ley de los regímenes iniciales, no será coherente con la autonomía conflictual a considerar en esta materia; si es la ley escogida por las partes la que regirá, en el futuro, sus relaciones patrimoniales y su régimen de bienes, arbitrando a medida la autonomía material que las partes tienen en ese dominio — inclusivamente un segundo o tercer cambio de régimen —, también deberá ser esta ley la que decidirá del cambio de régimen contemporáneo a su propia aplicación.

Esto porque, por un lado, al ser escogidas por las partes, ella corresponde a las expectativas de estas, no produciéndose un fenómeno idéntico al que se verifica en las conexiones móviles en que es la ley reguladora de las relaciones entre cónyuges, eventualmente diferente de la ley aplicable en la fecha del matrimonio e desconocida o inesperada para los cónyuges, que decide del cambio de régimen; por otro lado, porque no se podrá alegar la intención fraudulenta de las partes (al elegir la nueva ley para evitar los condicionantes o restricciones impuestas por la ley actual, en el cambio de los regímenes de bienes) una vez que la hipótesis de fraude es, *de natura*, descartada en el ejercicio de la autonomía conflictual.

La previsión, del futuro Reglamento «Roma IV», de la ley aplicable al cambio material del régimen de bienes y demás efectos patrimoniales entre los cónyuges que ocurre en simultáneo con el cambio de ley aplicable a esta materia, es necesaria; de nuestro punto de vista, y por las razones expuestas, esa ley deberá ser la ley nueva, e.j la ley aplicable, en los términos de los arts. 16º e 18º de la Propuesta, a través del ejercicio de la autonomía conflictual entre los cónyuges.

Sólo de esta forma se armonizará la autonomía conflictual e material, sin la cual la primera no tendrá sentido y no cumplirá los objetivos que presiden su admisión en esta materia: la defensa de las expectativas de las partes, su integración en los nuevos contextos sociales y económicos, la seguridad jurídica e la movilidad en el seno del espacio comunitario.

⁴⁹ Así, cfr. M. REVILLARD, *loc.cit.*, p. 278, e D. BUREAU Y H. WATT, *op.cit.*, p. 224, que cuestionan de su redundancia dada la consagración de la mutabilidad voluntaria que libera a los cónyuges del inmovilismo de la ley aplicable y resuelve de igual modo el conflicto móvil. Los Autores recuerdan que en el ámbito notarial se coloca la cuestión de la defensa de los cónyuges frente a este cambio automático e que tal defensa se hace con el apoyo de la autonomía conflictual que, por mayoría de razón, puede resultar en la manutención de la ley hasta aquí aplicable. Los Autores llaman la atención de la necesidad de alertar a los cónyuges para que estén no dejen que se den las condiciones de aplicación del art. 7º, 2 (adquisición de la nacionalidad del país de la residencia habitual) porque la situación pasa a ser interna y el acceso al art. 6º da CH prohibido. También A. STRUYCKEN, *loc.cit.*, p.459, critica el abandono, por el Convenio de la Haya, del principio de inmutabilidad de la ley aplicable a los regímenes de bienes.

⁵⁰ Al contrario de que sucede en relación a los cambios a voluntarios de régimen ya que el art. 6º del Convenio establece que la nueva ley escogida se aplicará a todo el patrimonio de los cónyuges, presente o futuro, lo que significa que esa nueva ley tendrá eficacia retroactiva. Esta disposición choca con la solución del derecho francés común (art. 1397º, núm. 4 do código civil) que excluye expresamente la retroactividad cuando la designación de la ley aplicable se hiciera estando el matrimonio en vigor. Dejando constancia de la perplejidad con que la doctrina, los notarios y la jurisprudencia vieron la falta de armonía jurídica, cfr. M. REVILLARD, *loc.cit.*, pp. 273, e D. BUREAU Y H. WATT, *op.cit.*, p.223. Los notarios proponen la interpretación del art. 1397º, 4, como norma de derecho transitorio que apenas esclarece el momento a partir del cual la nueva ley designada produce efectos, no pronunciando se sobre su (i)retroactividad.